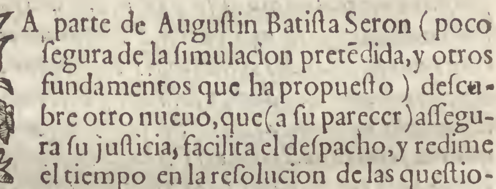
POR DON PEDRO DE ALTARRIBA

Señor de Huerto.

EN LA CAVSA DE ALFOZEA.

Tercera Allegacion, y respuesta a vn dubio.



A parte de Augustin Batista Seron (poco segura de la simulacion pretēdida, y otros fundamentos que ha propuesto) descubre otro nueuo, que (a su parecer) assegura su justicia, facilita el despacho, y redime el tiempo en la resolucion de las questiones que los Aduogados antiguos doctos y graues, y los dos Tribunales superiores deste Reyno tuuieron por propias del caso, y del pleyto: no eran del todo fuera de proposito las palabras de la *l. 13. tit. 6. par. 3.* que comiença: *Estoruadores, y embargadores de los pleytos son los que se fazen Aduogados, &c.*

Pero lo que nos toca fundar es, que la nueua consideracion; ni mejora su justicia, ni facilita el despacho, ni redime; antes consume el tiempo sin vtilidad de la causa, y menos suya. Esto se hara respondiendo al dubio, cuyo tenor es como se sigue.

D V D A.

L*OS vinculos puestos en el testamento de Mossen Iuan Diez de Aux, estan repetidos per relationem, en el testamento de Martin Diez de Aux su hyo: y assi, pues en*

aquel la hija mayor esta llamada en caso de morir sus quatro hermanos vnos despues de otros, menores de edad, y sin hijos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, y descendientes de aquellos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados: y esto con obligacion de disponer en sus hijos varones, con que lleuen el nõbre y armas de los Diez de Aux: Tambien lo ha de estar en el de Martin. De que se sigue, que auiendo muerto Martin Diez de Aux su hijo y heredero sin hijos legitimos y de legitimo matrimonio procreados, y sin descendientes de aquellos legitimos y de legitimo matrimonio procreados, aunque mayor de edad: doña Ysabel su hermana mayor sucedio en el lugar de Alfocea, no por el testamento de su hermano, sino en fuerça del vinculo puesto en el testamento de su padre, con obligacion de disponer en don Luys su hijo varon. Y no parece es de consideracion que esten las dos condiciones copuladas, es a saber, si muriere menor de edad, y sin hijos y descẽdiẽtes, y auerse de cumplir entrambas, paraque tenga lugar el vinculo. Porquanto segũ la doctrina del Plebano in §. alternatiua, n. 13. en este caso por no poder estar estas dos condiciones jũtas, es fuerça se resuelua la copulatiua en alternatiua, con lo qual basta se aya cumplido la segunda condicion de auer muerto sin hijos Martin Diez de Aux hermano de doña Ysabel, por euitar la superfluydad, y otras razones que ponderan los DD. que siguen esta opinion. Y aunque Luys de Casanate en el consejo quarto defendio lo contrario, y dixo en el nu. 190. cauendum esse a Plebano in hoc loco. Pero contra el respecto deste punto parece resoluio la Audiencia, como consta del principio del motiuo que el refiere, vers. non autem recipitur: en el cons. 14. confessando el llamamiento de don Christoual de Funes, que estaua substituydo en falta de morir los instituydos menores de edad, y sin hijos; y no auer faltado por auer muerto mayores de edad.

RES-

R E S P V E S T A.

CVM frustra per plura, quæ possunt fieri perpautiora. Propongo al principio desta respuesta tres clarissimos fundamentos, con que se desuanece la nueua pretension contraria, sin necessidad de tocar en los meritos.

El primero es, Que Mossèn Iuan Diez de Aux en su testamento hecho a 9. de Abril de 1489. (en que toma principio el nueuo vinculo) dexò señora, y mayora, y vsufructuaria, y *heredera*, a doña Martina de Bielsa su muger, por todos los dias de su vida; y fenecida aquella, y *la dicha herencia*, substituye en heredero suyo a Mossèn Martin Diez de Aux su hijo, con los vinculos, y substituciones condicionales, en fauor de los hermanos, que se leen en el mismo testamento.

Quedãdo como quedò heredera doña Martina de Bielsa por toda su vida, y despues della substituydo Mossen Martin Diez de Aux: para darle a este inclusion, fue necessario allegar y prouar la muerte de la dicha doña Martina, y juntamente la sobreuiuencia del substituto, por la implicita condicion que contiene la substitucion post mortem, y caducidad que se sigue de la premoriencia. Vt in specie multis congestis docet *Peregrni. de fideicommis. art. 5. a num. 21. Sesse decis. 362. a nu. 80. tom. 4. Sueluès in cent. cnos. 52. nu. 2. Fusar. cons. 176.*

Y aunque quando se dexa legado de vsufructo, en propiedad dexada a otro, las palabras, *post mortem vsufructuarij*, no induzen condicion, y el propietario que premuere transmite, ad *Molin. verb. vsufructus, in fin. vbi Portol. num. 23. Sesse decis. 127. num. 29.* Aqui estamos fuera de toda duda en auer quedado propietaria doña Martina, porque expressamente la dexò su marido *heredera*, por toda su vida, y fenecida aquella, y *la dicha su herencia*, instituyò a su hijo. Et sic propriè fuit institutio, & substitutio in proprietate bonorum post mortem grauatæ, que induze condicion, y la premoriencia caducidad.

Por esto tuuo obligacion la otra parte de allegar y prouar

uar la muerte de doña Martina de Bielsa, y la sobreuiuencia de Mossen Martin Diez de Aux su hijo, quia non admittitur substitutus nisi probet casum suæ substitutionis venisse: aliàs ei dicitur de te non loquitur substitutio, *Casan. cons.* 3. *num.* 8. 9. Y no lo ha allegado ni verificado.

No obsta, que el testamento se otorgò el año 1489. a 9. de Abril, que ha mas de 150. años, y se presume la muerte. Porque sacado el tiempo desde el principio deste processo, no queda tanto que cause presumpcion de la muerte. Y porque alomenos se deuia allegar, cum etiam notorium ab onere allegandi non releuet, *Molin. verb. notorium, fol.* 239. *col.* 3. *in princ.* vbi *Portol. num.* 2. Y finalmente porque la sobreuiuencia del hijo se deuia allegar y prouar, para excluyr la caducidad, en que el tiempo no puede suplir, vt ex se patet.

La segunda consideracion que escusa aueriguar el effecto deste vinculo, se funda, en que el dicho Mossen Martin Diez de Aux, hijo de Mossen Iuan Diez de Aux, tuuo en hijo a Mossen Martin segundo, q̃ le sobreuiuio, y por su existencia quedaron libres a su padre, por auer faltado la condicion, *si sine liberis decesserit*, con que estaua grauado a fauor de su hermano segundo. Y en su testamento dexa heredero a Mossen Martin segundo su hijo. Y los bienes que fueron de Mossen Iuan su padre (en que se contiene Alfocea) se los dexa con los pactos, vinculos, y condiciones puestos en el testamento de dicho su padre. De que saca la otra parte (en fuerça desta Relacion) que de la suerte que el vltimo de los hermanos de Mossen Martin primero de este nombre, muriendo sin hijos estaua grauado a fauor de sus hermanas Ysabel, y Teresa, Lo estuuo Martin segundo a fauor de las suyas, que fueron Ysabel, y Beatriz.

Pero no tiene intento alguno. La razon es, que en el testamento de Mossen Iuan Diez de Aux, a que se refiere el de su hijo Martin, estan llamadas las dos hermanas, *de mayor en menor*, con obligacion de que cada vna en su caso huuiesse de disponer en sus hijos legitimos. Y esta misma

calidad

calidad, y orden de suceder de mayor en menor, està repetida en fuerça de la relacion en las hermanas de Martin segundo, que fueron Ysabel, y Beatriz. Y assi para dar sucession a doña Ysabel, y despues della a don Luys Fernandez de Heredia su hijo con el titulo del vinculo sobredicho; tuuo obligacion de allegar, y prouar, que la dicha doña Ysabel fue la hermana mayor. Lo qual no solo prouado, pero ni allegado està en el processo. Con que queda incierto qual de las dos hermanas sucedio: y consiguientemente no consta que don Luys huuiesse sucedido en fuerça del sobredicho vinculo, para excluyr la potestad de agenar en doña Ysabel. Y el intento contrario queda desuanecido.

Maxime, que en la proposicion de doña Esperança (de quien tiene derecho Augustin Batista) Artic. 15. y 19. se dize, que Martin segundo dexò heredera a doña Ysabel su hermana, y que en fuerça deste testamento sucedio. Y assi mismo Artic. 20. y 21. se dize, y afirma, que don Luys de Heredia sucedio como heredero vniuersal de su madre. Lo qual haze mas dudoso, que los dichos doña Ysabel, y don Luys su hijo huuiessen sucedido en fuerça del vinculo.

El tercero fundamento. Que por el testamento de Martin segundo produzido por la otra parte (y assi aprouado en todo lo que contiene) consta, que tuuo vn hermano varon llamado Iuan Diez, a quien le dexa vn legado. Y segun el vinculo relato, este excluya a las hermanas, por estar antepuestos los hijos varones a las hembras. Y deste hermano no se haze mencion en la proposicion.

De que notoriamente resulta. Que, ya por no auerse prouado, ni allegado la muerte de doña Martina de Bielsa; ni la sobreuiuencia de Martin primero su hijo: ya porque la calidad de mayor en vna de las dos hermanas, necessaria para suceder por el vinculo, ni se articula, ni prueua: ya porque no se haze mencion de Iuan, hermano de Martin segundo, ni de su muerte, el qual preferia en la sucession a sus hermanas. Es escusada la aueriguacion de los effectos deste

 vinculo

vinculo en las questiones que en el se offrecen. Y que toda la nueua fabrica dela otra parte queda sin fundamento.

Y si dixere, que desto resulta, que doña Ysabel Diez de Aux que vendio a don Pedro, y don Francisco de Aitarriba, no auiendo sucedido no pudo vender. Se le responde: Que al señor de Huerto que está posseyendo, le basta excluyr a quien lo viene a despojar, con la razon de la *l. loci corpus*, §. *competit, ff. si seruit. vendicet.* ibi, *Quo ad te liberas ades habeo.* Que es excepcion de derecho de tercero exclusiua in totum del derecho del actor, ad *Molin. verb. exceptio de iure tertij. Alex. Ludouis. decis.* 415. *nu.* 3. vbi *Beltram. num.* 6. *Rot. apud Cenc. post tract. de cens. decis.* 345. *Sesse decis.* 261. con la regla, *actore non probante, &c.*

Segun lo sobredicho, no era necessario hablar de la sustancia, y effectos del vinculo de que la otra parte se quiere valer. Pero porque no solo para este articulo, sino para el petitorio, quede con desengaño, se tocaran en suma tres questiones graues, que sino procediera lo ante propuesto, se auian de aueriguar, y resoluer. Y todas tres en fauor del puesto contrario; porque en vna sola que no tenga la resolu cion en su fauor, lo excluye.

Suponese la clausula del testamento de Martin segundo que dize assi. *Dexo heredero mio vniuersal de todos los ditos bienes, al dito Martin fillo mio, al qual dexo los bienes sitios que fueron de mi padre Ioan Diez de Aux, los dexo con los vinculos puestos en el testamento del dicho mi padre.*

Con esto, entra la question primera. Si la relacion hecha a los vinculos del testamento del padre, se ha de entender en toda su identidad y sustancia, comprehendiendo las personas mismas substituydas en el relato. O ad similitudinem tantum, vt substituti censeantur fratres Martini secundi, sub eisdem conditionibus.

Tratòla en terminos, docta y grauemente, el señor Casanate *cons.* 56. *per totum*, diziendo con ingenio grande, distincion clara, y copiosa doctrina, quantas razones, y trayendo quantas authoridades hablaron en el punto. Y me

persua-

persuado no ay otras que allegar, pues no se le ofrecieron a la mucha noticia de Castillo *lib.4. cap.43. num.5.* que tocando la duda se remite a Casanate *in d.loco*, de los mas modernos la propone generalmente *Fusar. de subst. q.498.* y en el punto dixo poco.

Por la parte de la identidad ponderò Casanate, desde el principio, hasta el *num.* 11. nueue fundamentos grauissimos, que parecen inuencibles. Y aunque en lo siguiente defendio la semejança en aquel caso: Abraçò la distinccion de Bart. en la *extranag. O Constitucion Ad regimẽ, verbo prout, num.2. lib.3. tract.* Esto es, que si en la escritura referente se habla y dispone de los mismos bienes de q̃ se dispuso en la relata, se entiende la relacion identificè, con las mismas personas. Y similitudinariè si los bienes son diuersos. Y con esta distincion euita la repugnancia, y variedad de sentir de los Doctores. Ha se de leer en los *num.*18. 19. 20.

En nuestro caso los bienes del relato, y referente son los mismos, vt per dictam distinctionem pro identitate resoluatur quæstio.

Pero dado que se huuiesse de resoluer por la semejança, concediendo nueuo vinculo para los hijos de Martin primero ad similitudinem vinculi testamenti paterni. Entra la questiõ segunda, a saber es, si las palabras, *al qual dexo los bienes que fueron de mi padre, &c.* induzen fideicomisso personal, limitado a la persona de Martin segundo, paraq̃ el solo se repute grauado; pero no el otro hermano, ô las hermanas substituydas. O si es real auido respecto a los bienes como calidad suya; para que los vinculos se repitan en todos los hermanos, segun que se contenian en el testamento de Mossen Iuan Diez de Aux, respecto de sus hijos.

Esta duda se decide por la forma de las palabras de la disposicion, las quales, si principalmente se dirigen a los bienes, es real. Pero si hablan con las personas; es personal; y la disposicion no passa de las nombradas. Assi lo distinguen comunmente los Doctores. *Surd. decis.*125.*n.*1.*&* 2. que

refiere

refiere muchos. *Petra de fideicommiſ. q. 2.* videndus, *à nu. 36. Fuſar. q.* 673. legendus, *à num.* 17.

En eſte caſo fue nombrado heredero Martin ſegundo con ſu nombre propio, y luego ſe ſigue la palabra relatiua, *al qual dexò, &c.* que es demonſtratiua ad oculum, y limitatiua a la perſona, y la llaman los Doctores perſonaliſſima, para que la diſpoſicion y grauamen no ſe pueda eſtender a otras perſonas, *per tex. in l. Pater filium 36. §. quindecim, ff. de legat. 3. Surd. d. deciſ. 125. nu.* 1. 2. *Petra d. q. 2. num.* 38. donde habla del nombre propio, y de la palabra relatiua a la miſma perſona. *Fuſar. d. q. 673. nu.* 18. 19. 20. 21 *Ioſeph. Ramon. conſ.* 61. *num.* 30. vbi alios congerit, facit *Molin. de Hiſpan. primog. lib.* 1. *cap.* 4. *nu.* 11. Et in quæſtione, quando fideicommiſſum dicatur in rem, vel in perſonam, eſtan por noſotros los que la tratan, referidos por *Fuſar. q.* 269. quæ duobus numeris clauditur, y no fuera de propoſito *Lara de anniuerſar. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 3. 4.

De que reſulta, que auiendo referido Martin primero los vinculos del teſtamẽto de ſu padre, a la perſona de Martin ſegundo ſu hijo ſolamente, ſin auer hecho mencion de ſus hijas. Aquellos vinculos ſe han de mutuar para Martin ſegundo, como ſe ordenaron para Martin primero en la eſcritura relata, ſin poderſe eſtender a otras perſonas; porque el fideicomiſſo y grauamen es odioſo, continet onus, & vni appoſitum ad alium non extenditur, vt frequens eſt propoſitio in ore Doctorum, & probauit bene *Lara vbi proxime num.* 7. 8. Y a la letra ſe le haze ofenſa en la extenſion, como en la reſtriccion, *Portol. verb. forus, num.* 55. *& de conſort. cap.* 5. *num. vlt. Martinez in allegat. Pro-reg. extran. num.* 451. Y por otra conſequencia, aunque doña Yſabel Diez de Aux huuieſſe ſucedido en fuerça de eſte vinculo, por auer muerto ſu hermano ſin hijos. No eſtuuo grauada a fauor de don Luys ſu hijo; antes quedò con libertad en la diſpoſicion de los bienes, y pudo vender a Alfocea.

Si ſe replicare, que en la dicha diſpoſicion referente, ay pala-

palabras que denotan ser la relacion, o disposicion real, auido respecto a los bienes, vt omnia vincula censeantur repetita in omnibus personis, quibus relatio adaptari potest, como son aquellas, *los dexo con los vinculos, &c.* Se responde.

Lo vno, que no obran aquellas palabras mas que vna repeticion de la oracion precedente, que habla con la persona del hijo, *al qual le dexo,* Verbum namque multiplicatio & repetitio, nequaquam rerum substantiam mutat: como dixo aquel graue motiuo desta Real Audiencia, en el processo Illustris D. Ioannæ de Perneстan, apprehension del Condado de Luna.

Lo segundo, que el orden de la letra, designa el del entendimiento, en todo genero de disposicion, *l. quoties in prin. ff. de vsufruct. l. generaliter, §. quid ergo, ff. de fideicom. libert. l. qui soluendo la 2. ff. de hæred. instit.* y lo funda largamente *Casana. cons. 45. num. 94.* Y que assi se ha de entender, fue personal la disposició, como se muestra del principio de la oracion, en que se nombra el hijo por su nombre propio, y de las palabras relatiuas a la misma persona tã solamente, ibi, *al qual le dexo.* Quæ coadiuuantur ex decis. tex. *in cap. quoniam Abbas, de offic. delegat.* vbi omnes vnanimiter docent, quod delegatio concessa nomine personæ expresso, dicitur personalis, & cum persona extinguitur, & quod attenditur ordo literæ; si nomen dignitati præponatur, & econtra, qua de re *Barbos. in collecta. ad illum textum.*

Tertio. Quando la disposicion supiera a real, por el mismo caso que interuienen palabras relatiuas a la persona, se reputa por personal, egregie *Fusar. præallegat. q. 264. nu. 2* his verbis, *Sciendum tamen est, quod licet fideicommissum esset in rem conceptum, si tamen referatur ad personas supra nominatas, etiam solum per dictiones relatiuas; vt est dictio, vt supra, quod de reali efficitur personale.* Prueualo con *Ruyno, y Menoch* sin contradictor.

Aunque la question sobredicha de la personalidad limi-

tatiua y restrictiua del vinculo, se pudiera tener por real,como la otra parte lo ha menester. Le queda aun por vencer otra dificultad, que es la tercera question.

La substitucion contenida enel testamento relato, repetida en el referente dixo, *Y si muriere menor de edad, y sin hyos legitimos, suceda, &c.* Y como estas dos condiciones estan puestas copulatiue, faltò la vna, pues Martin segundo murio mayor de edad, aunque sin hijos legitimos, y consiguientemente el grauamen.

Alegrase la otra parte de la doctrina de *Portol. verb. alternatiua, nu.*13. Pero si se aduierte la razon en que se funda, se vera, que su opinion no se puede seguir. Dixo, que si se sigue absurdo, o impossibilidad en pedir el concurso de las dos condiciones, se conuierte en alternatiua, vt vna verific ta sufficiat. Et ibi, *Quia clarum est, quod si quis ante atatem testandi, & sic ante pubertatem mortuus fuerit, filios ex legitimo matrimonio procreatos, relinquere non potuit.*

Para prueua de lo contrario (arguyendo primeramente à ratione) se deue considerar. Lo vno, que el menor de catorze años puede tener hijos, porque no la edad, sino la potencia es la que obra in generatione. Dixolo bien la *l.*6. *tit.* 1. *par.*4. ibi, *Ca la sabiduria è el poder que han para esto fazer, cumple la mengua de la edad.* donde *Gregor. Lopez con Ioan Andres in cap. fin. de eo qui cogn. consang. vx. sua,* refiere lo que afirma San Gregor. in Dialogo, de puero nouem annorum qui grauidauit nutricem. Y de San Geron. ad Vitalem, de puero decem annorum. Y de Salomon que a los onze años genuit filium. Y Nauar. *cons.* 39. *nu.* 13. *sub tit. de sponsalib. in antiq.* refert, puelam decem annorum peperisse in Regno Neapolitano. Y de ser esto possible, y auer sucedido muchas vezes, ninguno ha dudado: veanse los que refiere *Barbos. in collect. ad cap. puberes* 3. *de despons. impub. num.* 5.

Lo mismo, y por la misma razon sucede en el matrimonio, que lo puede contraher el menor de catorze, si la naturaleza

turaleza y potencia se adelantan, vt sunt iura expressa *in d. cap. puberes, cap. a nobis, & cap. de illis de desponsat. impub. Barbos.* & ab eo allegati *in d. cap. puberes, num* 3. 4. & 5. Y el señor Duque de Villa Hermosa que oy es, cōtraxo su matrimonio antes de cumplir catorze años, constando, quod potentia supplebat ætatem.

Igitur nec impossibile est, nec absurdum sequitur, quod ille duæ conditiones copulatiuè requirantur, & adimpleantur. Y aunque sean cosas raro contingentes: se ha de juzgar por prudente acuerdo del padre, para euitar la duda, en caso de morir menor el grauado, y con hijos legitimos. Y assi recibio engaño *Portol.* en considerar absurdo, ò impossibilidad.

Et arguendo ab authoritate, lo sintieron mejor otros muchos y graues Doctores, a quienes sigue *Casan.* en estos terminos, *cons.* 4. *a nu.* 185. reprouando a *Portol.* cuya authoridad y razones, vence qualesquiera contrarias; remitome a ellas, que son dignas de singular aduertencia. Particularmente las dos *sub num.* 190. de la comun inteligencia en este Reyno, y la del *fuero* 4. *de testam. Fusar. de subst. q.* 433. la defiende por comun *nu.* 2. y añade vna razon considerable; ibi, *Non enim est de facili præsumendum; patrem voluisse priuare filium facultate testandi, & disponendi inter viuos, & cum conditio si sine liberis sit apposita copulatiuè, apparet adiectam esse ad diminuendū grauamen, non ergo debet operari augmentum.*

Haze al mismo intento; que disputando los Doctores, si la condicion possible, aunque raro contingente, ha de obrar su effecto en las disposiciones, resueluen, que la possibilidad basta para que se aya de esperar su cumplimiento; y si falta, queda sin el la disposicion; sobre que se ha de ver *Castill. controuer. lib.* 3. *cap.* 5. *nu.* 14. & *seqq.* que lo discurre largamente. Y el mismo *Casan. cons.* 1. *a nu.* 8. *ad* 12. que para el caso es digno de ser visto.

No obsta la ponderacion del motiuo, que trasladò el mismo *Casana. post cons.* 14. *vers. Non autem recipitur.*

Por

Porque como de la letra consta, aunque reconocio el Consejo el llamamiento expresso de don Christoual de Funes, por el testamento de don Ramiro, no entra, ni decide de la question de la copulatiua, ni en ella habla palabra de donde se pueda colegir cosa en contrario a nuestro intento.

Y finalmente en las tres questiones sobredichas tenemos la propia y natural significacion de las palabras, que con la obligacion de juzgar por la carta, hazen total repugnancia a la pretension contraria en cada vna dellas. Y assi mismo, q̃ nosotros impugnamos la extension de vinculos de vnos casos a otros, y de vnas personas a otras; cosa tan repugnante a las reglas de derecho y fuero, en que la duda haze decision por la exclusion, cōtra la extension, y por la libertad de los bienes. Y en esto se cōforma la inteligencia de la parte contraria, que en su proposicion de firma los trae de vnas personas en otras hasta doña Ysabel Diez de Aux, y dō Luys de Heredia su hijo, siempre con libertad en los que los posseyeron. Con que sin genero de dificultad, no tiene fundamento considerable que le suffrague.

Mayormente con las consideraciones primeras que excluyen la entrada a estas questiones, y la necessidad de disputarse, que son, no auerse allegado ni prouado la muerte de doña Martina de Bielsa; la sobreuiuencia de Martin primero su hijo; la calidad de hija mayor de doña Ysabel. Y el no auer hablado de Iuan Diez hermano de Martin segundo, que excluya a sus hermanas: fundamentos todos que con euidencia excluyen la nueua pretension de la otra parte, y dan entera y cabal satisfacion al Dubio. Salua in omnibus G. S. C. Setiembre 23. 1645.

Gonzalez de Leon.